Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Universität St.Gallen

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



St.Galler Tagung zur Verwaltungsrechtspflege

Kongresshaus Zürich (1105.)

5. Juni 2014

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Universität St.Gallen

Anfechtungsobjekt und Zugang zum Rechtsschutz bei realem Verwaltungshandeln

Benjamin Schindler

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Universität St.Gallen

Übersicht

I. Traditionelle verwaltungsrechtliche Unterscheidung zwischen Verfügung und Realakt

II. Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Rechtsschutz (seit 2007/2009)

III. Herausgefordertes Verfahrensrecht

IV. Lösungsansätze in ausgewählten Bereichen:
   a) Wegweisungen/Fernhaltungen durch die Polizei
   b) Leistungsbewertungen an (Hoch-)Schulen

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Universität St.Gallen

«Im Gegensatz zur vorausgehenden Entwicklungsstufe hat unser Rechtsstaat nicht bloß die flutende Masse der Verwaltungstätigkeit eingedämmt durch das Gesetz, sondern er läßt auch noch mitten drin fort und fort feste Punkte auftauchen, welche dem Einzelnen Halt gewähren und ihn darüber sicherstellen, wohin es geht. Die Rechtseinrichtung, die das bewirkt, ist der Verwaltungsakt, *ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn rechtens sein soll*.»

(OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, I. Band, 3. A. Berlin 1924, S. 92 f.)

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Universität St.Gallen

Ebene Verwaltungsrecht (Handlungsformen)	*Unterscheidungskriterium:* angestrebter Erfolg (Motiv)		
	Verfügung: Gestaltung der Rechtslage (Rechtserfolg)	*Realakt:* Gestaltung der Faktenlage (Taterfolg)	
Ebene Verfassungsrecht (Rechtsweggarantie: Art. 29*a* BV)	*Unterscheidungskriterium:* Rechtsschutzbedürfnis (Wirkung)		
	individuelle Betroffenheit in einer rechtlich geschützten Sphäre		keine individuelle Betroffenheit in einer rechtlich geschützten Sphäre
Ebene Verfahrensrecht	*Anfechtungsobjekt* (*mit* vorgängigem Verfahren)	*Anfechtungsobjekt* (*ohne* vorgängiges Verfahren)	*kein Anfechtungsobjekt*
Beispiele	Rayonverbot (Art. 5 «Hooligan-Konkordat»)	vorübergehende Wegweisung (Art. 29*bis* PG SG; BGE 130 I 369)	Schliessung Poststelle (Art. 34 Abs. 7 VPG; BGE 109 Ib 253)

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Universität St.Gallen

Bundesverfassung (Auszug)

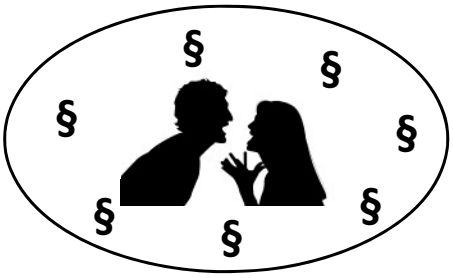
Art. 29*a* Rechtsweggarantie

Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Rechtsstreitigkeit als erste Voraussetzung

Frage: *Ist der Lebensvorgang durch das Recht erfasst?*
(vgl. KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 2.A. Bern 2013, S. 516)



✓



✗

«unechte Ausnahmen»

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Rechtsstreitigkeit als erste Voraussetzung

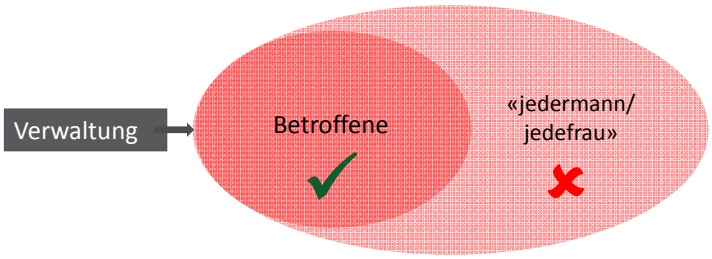
«Der hier angefochtene Entscheid stützt sich auf § 43 des Volksschulgesetzes […]. Nach dieser Bestimmung kann der Regierungsrat die Gemeinden zum Zusammenschluss zu einem Schulkreis verpflichten und bestehende Schulkreise abändern, sofern dies den Grundsätzen einer vernünftigen Schulplanung entspricht (Abs. 1). […] Was unter einer ‹vernünftigen› Schulplanung zu verstehen ist, ist kaum justiziabel und gibt dem Regierungsrat einen relativ grossen Ermessensspielraum.»

(Urteil BGer 2C_885/2011 vom 25. Juli 2012, E. 2.2.3.3.)

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Individuelle Betroffenheit durch den Rechtsstreit als zweite Voraussetzung

Frage: *Sind diejenigen, die eine Rechtsverletzung geltend machen, durch den Lebenssachverhalt besonders berührt?*



Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Individuelle Betroffenheit als zweite Voraussetzung

«Vorliegend haben die Beschwerdeführer geltend gemacht, die Streichung der Sportlektionen verstosse gegen die einschlägigen bundesrechtlichen ([…]) und kantonalrechtlichen ([…]) Vorschriften. Sie haben damit geltend gemacht, der Kanton sei rechtlich verpflichtet, diesen Unterricht durchzuführen, was umgekehrt einen Anspruch der Schüler auf den entsprechenden Unterricht zur Folge haben könnte. Es wird damit in vertretbarer Weise die Verletzung eines Rechtsanspruchs geltend gemacht, wogegen eine Anfechtungs-möglichkeit offen stehen muss. […] Die Beschwerdeführer sind als Schüler an den Berufsschulen von der Streichung der Lektionen besonders berührt, zumindest soweit sie Abschlussklassen besuchen, in denen die Streichung erfolgt; sie müssen deshalb vor der Vorinstanz zur Anfechtung legitimiert sein (…).»
Urteil BGer 2C_272/2012 vom 9. Juli 2012, E. 4

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Individuelle Betroffenheit als zweite Voraussetzung

«Die Rechtsweggarantie setzt voraus, dass eine Rechtsstreitigkeit vorliegt, d.h. eine Streitigkeit, die im Zusammenhang mit einer individuellen schützenswerten Rechtsposition steht; sie gibt aber keinen Anspruch darauf, dass jedermann jedes staatliche Handeln ungeachtet prozessualer Vorschriften auf seine Rechtmässigkeit hin überprüfen lassen kann (…).»
BGE 139 II 185 E. 12.4 S. 218

Aus der Rechtsweggarantie ergibt sich kein Anspruch auf eine Popularbeschwerde!
(Urteil BGer 2C_457/2011 vom 26. Oktober 2011, E. 4.5)

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Rechtsprechung Bundesgericht (Auszug)

«Die (nachträgliche) Verwaltungsrechtspflege knüpft traditionell an die Verfügung an (…). Der Schulunterricht und die damit zusammenhängenden Handlungen der Schulorgane sind in besonderem Masse dadurch gekennzeichnet, dass sie weitestgehend in Form von Realhandeln erfolgen und typischerweise einer Anfechtbarkeit nicht zugänglich sind. Interne schulorganisatorische Massnahmen sind grundsätzlich nicht anfechtbar (…). Eine Rechtsmittelmöglichkeit muss jedoch dann gegeben sein, wenn es um die Rechtsstellung der Schüler geht oder wenn diesen besondere Pflichten oder sonstige Nachteile auferlegt werden, (…).»

(Urteil des Bundesgerichts 2C_272/2012 vom 9. Juli 2012, E. 4; Kürzung der Pflichtlektionen Turnen und Sport)

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Rechtsprechung Bundesgericht (Auszug)

«Diese Rechtsweggarantie hat Auswirkungen auf die Auslegung von Art. 82 lit. a BGG bzw. Art. 5 VwVG oder § 4 VRG/LU, indem das Vorliegen einer Rechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 29*a* BV eine Verfügung indiziert, sofern der Rechtsschutz nicht auf andere Weise möglich oder aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung ausgeschlossen ist (BGE 128 I 167 E. 4.5 S. 175 f.).»

(Urteil des Bundesgerichts 2C_272/2012 vom 9. Juli 2012, E. 4; Kürzung der Pflichtlektionen Turnen und Sport)

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Hin zu einem «wirkungsorientierten» Verfügungsbegriff?

Klassischer Verfügungsbegriff	Alternativer Verfügungsbegriff
1. Anordnung einer Behörde, die	1. Anordnung einer Behörde, die
2. gestützt auf öffentliches Recht	2. gestützt auf öffentliches Recht
3. im Einzelfall	3. im Einzelfall
4. einseitig und	4. einseitig und
5. verbindlich	5. verbindlich
6. auf Rechtswirkungen ausgerichtet ist.	6. *bestimmte Personen in individuellen Rechtsschutzinteressen berührt.*

(vgl. KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012, Rz. 360)

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Rechtsprechung Bundesgericht (Auszug)

«Der Umstand, dass sich diese polizeilichen Massnahmen rechtlich auf den Beschwerdeführer auswirken und ihn, wie dargelegt, in verfassungsmässigen Rechten berühren, macht diese für sich allein nicht zu Verfügungen im Sinne der Verwaltungsrechtspflege. Bei dieser Sachlage rechtfertigt es sich, das polizeiliche Handeln nicht als eigentliche Verfügung zu bezeichnen, sondern es lediglich als Ausgangspunkt für eine wirksame Beschwerde eigener Natur im Sinne von Art. 13 EMRK zu betrachten.»

(BGE 130 I 369 E. 6.1 S. 379; Verweigerung des Zugangs zum WEF)

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Lösungsansätze (generell):

Kernfrage: *Wie soll das Anfechtungsobjekt definiert werden?*

a) Festhalten an der Verfügung als Anfechtungsobjekt:
- Ausweitung des Verfügungsbegriffs (KIENER/RÜTSCHE/KUHN)
- Ausweitung der Verfügungspflicht (Art. 49 VRPG BE)
- nachträgliche Verfügung über Realakte (Art. 25*a* VwVG)

b) Realakt als eigenständiges Anfechtungsobjekt (Art. 28 Abs. 4 VRG GR; BGE 130 I 369)

c) Wechsel vom Beschwerdeverfahren zum Klageverfahren (einzelne Kantone im Bereich der Staatshaftung)

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Weitere Fragen:

Zeitliche Dimension des Rechtsschutzes

a) Wann soll das Zeitfenster für den Rechtsschutz geöffnet werden? (Bsp. Einzelnoten oder Schlusszeugnis)
b) Wie oft soll das Zeitfenster für den Rechtsschutz geöffnet werden? (Bsp. Einzelnoten *oder/und* Schlusszeugnis)
c) Wie lange soll das Zeitfenster für den Rechtsschutz geöffnet werden? (Bsp. Frist zur Beantragung einer Verfügung über Realakte)

Information der Betroffenen über Rechtsschutzmöglichkeiten

a) Rechtsmittelbelehrung (Bsp. Verfügung)
b) aus dem Gesetz (Bsp. polizeiliches Realhandeln)
c) individueller Hinweis (Bsp. Mitteilung Einzelnote)

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Anfechtungsmöglichkeiten bei polizeilichem Realhandeln

Variante 1 (direkte Anfechtung des Realakts)	**Variante 2** (Anspruch auf nachträglichen Erlass einer Verfügung über den Realakt)	**Variante 3** (Pflicht zum vorgängigen Erlass einer Verfügung)
Realakt	Verfügung	Realakt
	Realakt	Verfügung
Beschwerde	Beschwerde	Beschwerde
Beispiele: - Art. 28 Abs. 4 VRG GR - BGE 130 I 369	*Beispiele:* - Art. 25*a* VwVG - § 10*c* VRG ZH - Art. 29*ter* Abs. 1 PG SG	*Beispiele:* - Art. 29 PolG BE - § 34 PolG ZH

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Art. 28 Abs. 4 Verwaltungsrechtspflegegesetz Graubünden (VRG GR)

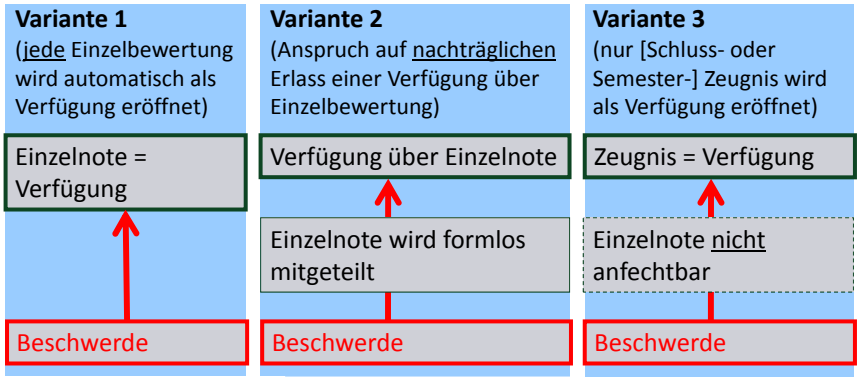
Als Entscheide gelten auch Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung sowie Realakte, die in Rechte und Pflichten von Personen eingreifen.

Art. 29ter Abs. 1 Polizeigesetz St. Gallen (PG SG)

c) Rechtsweg
Bei einer mündlichen Wegweisung und Fernhaltung kann innert fünf Tagen eine schriftliche Verfügung verlangt werden.

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St.Gallen

Anfechtungsmöglichkeiten bei schulischen Leistungsbewertungen



Beispiele:
- Universität SG (52'500 Verfügungen p.a.)

Beispiele:
- Grosszahl CH-Universitäten

Beispiele:
- Schulen bis Maturität
- Berner Hochschulen (BVR 2013, 301 ff.)